

FIANZA DE LOS DEUDORES
HIPOTECARIOS: SUS PRINCIPALES
PROBLEMAS

Loyda Anzules Suarez

Trabajo Final De Grado
Área; Derecho Civil
Director: Ángel Serrano de Nicolás
Notario de Barcelona. Prof. A. Dr. Derecho civil, Universidad Autónoma
de Barcelona

12/05/2016

Agradecimientos a mis hermanas y en especial a mi tutor; Don Ángel Serrano de Nicolás por su total disponibilidad, amabilidad y aportación de conocimientos.

ÌNDICE

Abreviaturas

Resumen

- 1. Preliminar**

- 2. La fianza en relación con el afianzamiento del préstamo hipotecario**
 - 2.1 Distinción entre la fianza y el aval
 - 2.2 Accesoriedad y subsidiariedad

- 3. La fianza en relación con el préstamo hipotecario bancario: solidaridad y renuncia a los beneficios de excusión, división y orden.**
 - 3.1 Solidaridad; El fiador solidario no es deudor solidario
 - 3.2 Renuncia de los beneficios en relación con las condiciones generales

- 4. Aplicación de cláusulas abusivas en la fianza**
 - 4.1 Determinación de las causas para que la fianza sea abusiva.
 - 4.2 Determinación de cuando hay ineficacia.

- 5. Cesión del crédito y la situación del fiador**
 - 5.1 Régimen jurídico de la cesión por cambio de acreedor
 - 5.2 Efecto de la novación extintiva en la persona del fiador.

- 6. Conclusiones**

Bibliografía

Abreviaturas

AAP:	Auto Audiencia Provincial
AP:	Audiencia Provincial
ap:	apartado
art./arts:	artículo/artículos
CC:	Código Civil
Ccom:	Código de Comercio
CCI:	Código Civil Italiano
CE:	Constitución Española
COORD.	Coordinadores
dir:	Director
DGRN:	Dirección General Registros Notariado
Ed:	Editorial
ed:	Edición
LCG:	Ley de Condiciones Generales
LGCU;	Ley General Consumidores y Usuarios
n:	número
ob. cit:	obra citada
p. /pp:	página/páginas PLEC
s. /ss:	siguiente/siguientes
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional

STS:	Sentencia del tribunal supremo
TC:	Tribunal constitucional
TS:	Tribunal Supremo
trad:	Tomo
t:	traductor/a
vol:	volumen

Resumen

Mucho se ha hablado de la situación del deudor hipotecario que, al no poder pagar, se ve abocado a un procedimiento de ejecución y al lanzamiento de su vivienda. El legislador ha llevado a cabo una serie de reformas que pretenden garantizar la defensa del deudor y facilitar el pago. Sin embargo, ha inobservado la figura del fiador y la situación de desamparo en que puede quedar, por la ejecución al deudor de su hipoteca, pues la equiparación de la fianza a otras figuras de garantía, genera el abandono de sus principales características, así como el tratamiento del fiador solidario como deudor solidario por parte de algunos tribunales, unido al hecho de la imposición de la mayoría de acreedores hipotecarios de cláusulas que resulta perjudiciales para el fiador, dan como resultado que la esencia de la fianza quede desvirtuada y en consecuencia el fiador quede en peor situación. Sin embargo, hay una suerte de voces doctrinales que insiste en que *las cosas son lo que son con independencia de su denominación*, por lo que si estamos ante una fianza habrá que estar a su régimen jurídico, a sus características y a sus beneficios, así como a la relación triangular que se genera, cada uno de los sujetos tiene su tratamiento en el que no cabe la equiparación entre ellos. Afortunadamente nuestro país se adapta, aunque con retraso a esta corriente doctrinal, son varias las audiencias y tribunales que van generando jurisprudencia en este sentido y colocan al fiador en mejor situación, pues le dan a la fianza su verdadera consideración, como obligación de garantía, subsidiaria y accesorio.

Resum

S'ha parlat molt de la situació del deutor hipotecari, com que no pot pagar, es veu abocat a un procediment d'execució i al llançament del seu habitatge. El legislador ha dut a terme una sèrie de reformes que pretenen garantir la defensa del deutor i facilitar el pagament. No obstant això, ha omès la figura del fiador i la situació de desemparament en què pot quedar, per l'execució al deutor de la seva hipoteca, doncs l'equiparació de la fiança a altres figures de garantía, genera l'abandó dels seus principals característiques, així com el tractament del fiador solidari com a deutor solidari per part d'alguns tribunals, unit al fet de la imposició de la majoria de creditors hipotecaris de clàusules que resulta perjudicials per al fiador, donen com a resultat que l'essència de la fiança quedi desvirtuada i en conseqüència el fiador quedi en pitjor situació. No obstant això, hi ha una sort de veus doctrinals que insisteix que les coses són el que són amb independència de la seva denominació, per la qual cosa si estem davant una fiança, caldrà estar al seu règim jurídic, a les seves característiques i als seus beneficis, així com a la relació triangular que es genera, cadascun dels subjectes té el seu tractament en el qual no cap l'equiparació entre ells. Afortunadament el nostre país s'adapta, encara que amb retard a aquest corrent doctrinal, són varies les audiències i tribunals que van generant jurisprudència en aquest sentit i col·loquen al fiador en millor situació, doncs li donen a la fiança la seva veritable consideració, com a obligació de garantia, subsidiària i accessòria.

ABSTRACT

Much has been said about the situation of the mortgagor who, unable to pay, is doomed to a method of execution and the release of their housing. The legislation has carried out a series of reforms intended to ensure the defense of the debtor and facilitate the payments. However, it has been rejected the figure of the guarantor and the situation of helplessness that may end by running the debtor's mortgage because equating fine to other figures warranty generates abandonment of its main features as well as the treatment of the guarantor as a debtor by some courts, in addition with the fact the imposition of most mortgagees of clauses that is harmful to the guarantor result that the essence of the fine remains distorted and therefore the guarantor is left worse. However, there is a sort of doctrinal voices insisting that things are what they are regardless of their denomination, so if we have a fine will have to apply its legal status, its features and benefits, as well as the triangular relationship generated, each subject has its treatment in which does not fit the equation between the parties. Fortunately, our country adapts belatedly to this doctrinal current, several audiences and courtst are generating jurisprudence in this area and place the guarantor in a better status, because they give to the fine a real consideration as a warranty obligation, subsidiary and accessory.

1. PRELIMINAR

En el ámbito de los préstamos hipotecarios bancarios que son de naturaleza mercantil (cuando lo hace una entidad bancaria, in fiere al art 317 Ccom, y que en relación con la fianza son obligación principal, motivo suficiente para que la obligación accesoria (la fianza) también sea civil, en virtud la accesoriedad, que junto con la nota de subsidiariedad desarrollare más adelante en su correspondiente epígrafe, pero que adelanto que es precisamente por esas características que la fianza no puede existir sin una obligación valida art.1824 CC; o que el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal art.1826 CC; o que si la obligación garantizada por cualquier causa deja de existir, también lo hará la obligación del fiador art.1.847 CC., reglas que se aplican a cualquier tipo de fianza (sea civil o mercantil); así, parece relevante en este estudio de la fianza esclarecer la naturaleza mercantil de la fianza en los préstamos hipotecarios bancarios, y es que a raíz de esta mercantilidad en la fianza surgen otras cuestiones que habrá que tener en cuenta; así, otras formas de garantías personales que suelen confundirse con la fianza, tal es el caso de la figura del aval bancario, que si bien es cierto durante la vigencia de los preceptos dedicados a la materia en el CCom, la tesis del aval como especie de la fianza fue mayoritariamente defendida, no obstante en la actualidad esta opinión no puede mantenerse. Tal relevancia tiene esta confusión entre el aval y la fianza que al igual que las características, ha sido necesario para su análisis en este estudio añadirle un epígrafe propio.

Sin embargo, los problemas que se suscita alrededor de esta figura continúan, sobre todo cuando el fiador se obliga solidariamente, y es que han sido varias las sentencias en que el Supremo puso de manifiesto que cuando esto ocurre el fiador pierde su calidad de obligado subsidiario frente a la obligación, perdiendo así los beneficios que le son propios. Beneficios (división, excusión y orden) que a su vez han generado mucha jurisprudencia por la imposición que determinados acreedores (entidades de crédito) de renunciar a los mismos, creando una situación de desequilibrio en la relación generándose la abusividad. Por otra parte, estos mismos acreedores a consecuencia de la crisis económica, han

procedido de forma masiva a la cesión de sus créditos en un intento por mejorar sus balances y su propia situación económica, esta cesión, a pesar de la opinión en contra de parte de la doctrina, trae consigo cambios no solo en la figura del acreedor sino también de su régimen jurídico y por consiguiente producirá efecto en la obligación de garantía, es decir, en la relación de fianza.

Todo lo dicho, continua siendo un tema de actualidad y de gran relevancia pues genera diversas opiniones doctrinales, variada jurisprudencia, y sin duda alguna gran preocupación para la parte débil de esta relación (el fiador) de ahí mi interés por el análisis de los problemas que rodean a esta figura, y pese a lo extenso e interesante que es el tema, mi objetivo se centra en el análisis del contenido de esta figura jurídica para comprender su función y consecuencias y para ello he tenido la necesidad de resumir de la forma más concisa posible (siempre basándome en autorizada doctrina, además de jurisprudencia) cuatro de los grandes problemas que suscita esta figura y que tendrá su desarrollo a lo largo de este trabajo cada uno con su propio epígrafe.

2. La fianza, sus características relevantes en relación con el afianzamiento del préstamo hipotecario.

La obligación de dar fianza puede surgir de un contrato entre deudor y acreedor o de una disposición legal o resolución judicial, sin embargo *la fianza como obligación de cumplir por otro nace siempre de una declaración de voluntad de parte del fiador*, esta ha de aceptarse por el acreedor, solo entonces será lo que denominamos contrato de fianza.¹

El concepto que ofrece el Ccom, acerca de la fianza es muy escueto, por lo que habrá que estar al CC., en especial en su art.1822 *por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, para el caso de no hacerlo éste*. Partiendo de este concepto, será mercantil la fianza cuando sea mercantil el contrato afianzado, *aún cuando el fiador no sea comerciante* art.439 Ccom, de esta forma se esclarece que la mercantilidad de la fianza no proviene de la condición de profesionalidad mercantil del fiador si no de la naturaleza mercantil de la operación principal afianzada

A más de la mercantilidad de la fianza en los préstamos hipotecarios bancarios, resulta de interés otras formas de garantías personales que suelen confundirse con la fianza, lo que ocurre con el aval bancario, pese a que en un principio se creía el aval como especie de la fianza, cuestión que hoy en día no puede afirmarse, no solo por sus características tan dispares, si no porque cada uno tiene su propio régimen, motivo suficiente para que esta tesis no pueda mantenerse².

¹ En concreto, CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARIN LOPEZ, M., *Tratado de los derechos de garantía*, t.I, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pp.76-77, entienden que aunque el CC habla de los efectos de la fianza entre los distintos sujetos que intervienen en una operación de fianza, de hecho, la única obligación típicamente fideusoria es la que contrae el fiador con el acreedor común. El acreedor solo contrae obligaciones con el fiador si se ha comprometido a retribuir económicamente a este, o procurarle otro tipo de contraprestación a cambio de la prestación de la fianza, aunque esto no sea común la ley no lo prohíbe, por lo que la fianza es con carácter típico aunque no esencial, un contrato unilateral.

² Para BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de derecho mercantil*, vol. II, 20ª ed., Madrid, Tecnos, 2013, pp 494-495, no resulta posible afirmar que el aval sea, como la fianza,

2.1 Distinción entre la fianza y el aval

Tanto los fiadores, como los avalistas, son terceras personas que no tienen ninguna relación con el nacimiento de la deuda, pero que sin embargo, se responsabilizan de su pago, estas personas refuerzan las garantías de una deuda, en el supuesto de que sean solventes.

En el caso del *aval*, solamente puede existir en títulos cambiarios, es decir, cuando una persona física o jurídica o una Sociedad Mercantil, garantizan la viabilidad de un documento cambiario, pero además el tenedor de un título de crédito no tiene que demostrar nunca con carácter previo la insolvencia del avalado y podrá dirigirse directamente contra los dos, o únicamente, contra el avalista³. La posibilidad de este tipo de contrato, también conocido como contrato autónomo de garantía, se ha abierto camino en nuestro ordenamiento, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad y la jurisprudencia, cuyo origen se encuentra en el comercio internacional⁴. En el Juicio Cambiario, la falta de pago por el deudor principal, autoriza al tenedor de la Letra de cambio a ejercitar la acción directa contra el aceptante, firmante, o librador y además, contra el avalista⁵, es por esta razón que el aval siempre representa una obligación solidaria, y cuando hubiese varios avalistas, cada uno deberá responder de la totalidad de la deuda avalada, en definitiva el acreedor podrá dirigirse contra el avalista que tenga más patrimonio o que le ofrezca más garantías para poder recuperar la deuda avalada.

Por el contrario en la fianza, el fiador gozará de los beneficios de orden, división, y excusión arts.1830-1837 CC, quiere decir que el acreedor tendrá que dirigirse contra el deudor y sus bienes antes de poder reclamar el pago a ningún fiador, de

accesorio respecto de la obligación principal garantizada; por el contrario la propia ley configura el aval como una garantía autónoma. Y vid. *Exposición de motivos* de la LCCh.

³ Vid. Arts. 35-37 Ley 19/1985, de 16 de Julio, Cambiaria y del cheque.

⁴ MONTES PENADES,V., “Las garantías del crédito” , en, LOPEZ y LOPEZ , A., MONTES PENADES VICENTE y ROCA i TRIAS E., *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001, p.182

⁵ Vid. Arts.819-826 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

tal forma que puede tardarse varios años para poder dirigirse contra el fiador, hasta que no se haya acreditado la insolvencia del deudor y una vez se agoten todos los beneficios de los que dispone el fiador.

De este modo el acreedor ha de exigir el pago frente al fiador cuando se den los supuestos de vencimiento, lo que en principio significa que ha de exigirlo cuando se lo pueda exigir al deudor, no antes.

Pero la confusión que se produce alrededor de estas dos figuras jurídicas, no solo radica en una cuestión terminológica, pues, en la práctica ha tenido graves consecuencias, en los que el juzgador ha fallado como si de un aval se tratara, cuando en realidad estaba frente a una fianza, dándole a esta un tratamiento autónomo y, olvidando las dos notas características de la fianza (accesoria/subsidiaria), cuando precisamente de estas depende una posible ejecución de los bienes del fiador, algo que desde luego no es baladí.

De suerte que va surgiendo jurisprudencia en las que se realiza una clara distinción del aval y la fianza; Al respecto, STS de 17 de julio de 2014, el Supremo, sostiene que *el aval a primera demanda o a primer requerimiento no sólo no es subsidiario (como la fianza) sino que tampoco es accesorio, es decir, que se desvincula completamente de la obligación garantizada. Esto es lo que significa que el aval a primera demanda es una obligación autónoma*⁶. Es decir, que en esta materia hay que distinguir las dos características típicas de la fianza que no lo son del aval a primera demanda: la subsidiariedad y la accesoriedad.

Sin embargo, no cabe olvidar que en los afianzamientos de los préstamos hipotecarios no hay garantías a primer requerimiento o autónomas; tampoco se debe desconocer que lo que hay en los préstamos hipotecarios es fiadores, que no avalistas aunque así se les pueda llegar a denominar, lo que resulta trascendente dado que su régimen jurídico no es idéntico.

2.2 Accesoriedad y Subsidiariedad de la fianza

Si bien se ha defendido en tiempos anteriores la esencialidad del carácter accesorio de la fianza, actualmente existen voces doctrinales y jurisprudenciales

⁶ Vid. STS 398/2014, de 17 julio

que abogan erróneamente por reducir la rotundidad de tal afirmación, pues consideran, que aunque la *accesoriedad* sea un carácter básico de la idea general que se tiene de la fianza, es posible que ésta se produzca en una situación tal, que dicho requisito se vea matizado, si no suprimido, sobre todo en el ámbito del derecho bancario. La doctrina, a fin a esta idea, entiende superada las características de accesoriidad y subsidiariedad de la obligación del fiador, debido a la subsistencia íntegra de la garantía en caso de concurso, así como la posibilidad de afianzamiento de deudas futuras, son aspectos que según esta parte de la doctrina debilitan la absolutividad del carácter accesorio de la fianza.

Sin embargo y de acuerdo con otra parte de la doctrina, que defienden la continuidad de la accesoriidad en la fianza, no solo por considerarla una de las dos grandes particularidades de esta garantía, si no, porque precisamente es así como está considerada en nuestro derecho positivo. Por ello, y en contra de los argumentos equívocos dados por una parte de la doctrina moderna; es necesario decir que si bien es cierto que la garantía subsiste en el concurso, más cierto es el hecho de que el crédito ha de considerarse como *contingente*, pues el art. 87 LC contiene especialidades en el reconocimiento de créditos y en concreto el tratamiento del crédito que ostenta el garantizado por fianza en el concurso de acreedores, que tiene como garante al deudor, así en su apartado quinto expone lo siguiente; *los créditos que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal se reconocerán como créditos contingentes mientras el acreedor no justifique cumplidamente a la administración concursal haber agotado la excusión, confirmándose en tal caso, el reconocimiento del crédito en el concurso por el saldo suficiente*, por tanto si atendemos a la dicción literal del precepto queda claro que la fianza es subsidiaria y se configura como crédito concursal-contingente, incluso como señalan varios autores; *el incumplimiento del deudor principal ha de entenderse como una condición suspensiva*⁷.

⁷ FERNANDEZ BOIRA, A., “Fianza solidaria con renuncia a beneficio de orden, excusión y división. Calificación en el concurso de acreedores”, de 15 octubre 2014, en <http://www.fernandezboira.com/blog/fianza-solidaria-en-el-concurso/> (visitado el 04/02/16).

Por lo que respecta al segundo argumento de esa parte de la doctrina moderna (garantías en deudas futuras), se ha de considerar como una especie de prefianza o fianza condicionada, pues no surte efecto hasta que efectivamente haya deuda, y es así como se encuentra recogido en nuestro CC art.1825, si bien precisando que no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda no sea líquida, es decir, el contenido inicialmente indeterminado, pero siempre determinable, pues es requisito de validez de la fianza. Y en idénticos términos se expresa el CCI., en su art. 1938, cuando señala que la fianza puede prestarse sobre obligaciones futuras⁸

Por esta razón y muchas otras consideraciones que iré desarrollando a lo largo del epígrafe, dichos argumentos no pueden mantenerse, y en consecuencia no puede dudarse del carácter accesorio de la fianza, pese a la subsistencia de la fianza en determinados casos, lo cual produce confusión en cuanto a su carácter accesorio, llegando a considerarla como una obligación autónoma, característica principal del aval, y siendo que el propio código civil en su art.1824, cita textualmente; “*la fianza no puede existir sin una obligación válida*”, al respecto ANGUITA RÍOS, R.⁹ realiza una interesante aclaración de lo que debe entenderse por obligación

⁸ Resulta de especial interés el estudio comparativo de la fianza en el ordenamiento Italiano y el Español CASANUEVA SANCHEZ, I., “El contrato de fianza en los ordenamientos jurídicos Italiano y Español”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 17, 1999, [613-632], pp. 628-630, cuando analiza el art. 1938 Cci., en el que la fianza puede prestarse sobre obligaciones futuras, no surgidas en el momento de celebración del contrato, aunque retiene la doctrina que el negocio se encuentra en formación mientras falte la concreción de la obligación garantizada (el elemento útil de la producción del efecto), manteniendo su validez hasta que ocurra pero no nace hasta la que lo hace en elemento ausente, y en ese momento lo hace automáticamente. La voluntad dirigida a la utilización del efecto es definitivamente expresa y el vínculo de la relación de fianza existe, pero es necesario el nacimiento efectivo de la obligación garantizada para que se produzcan las consecuencias que el ordenamiento jurídico reconoce. En el entretanto nacen efectos preliminares a cargo del fiador, esencialmente la prohibición de revocar la declaración efectuada y la de operar en ningún modo tendente a impedir que la obligación futura garantizada pueda llegar a nacer.

⁹ En línea con la doctrina tradicional ANGUITA RÍOS, R., *Aspectos críticos de la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 147-163, indica que es opinión consolidada que lo accesorio no tiene vida propia e independiente, sino que necesita para existir con dicha

valida, y las consecuencias a los efectos de subsistencia de la fianza; la autora señala que podría ser completamente ineficaz por razón del carácter abusivo de sus pactos la hipoteca, pero no obstante subsistir el préstamo como obligación principal que es (lo que no puede ser al revés), e incluso aunque sea ineficaz parcialmente el préstamo, quedaría subsistente la fianza; lo relevante es que se trate de un supuesto de ineficacia por abusividad, dado que aunque se tienda a aplicar el régimen de la nulidad de los contratos, se estaría en realidad ante un supuesto de ineficacia, es decir un contrato válido, y esto es lo que exige el 1824.1CC.

En SAP Madrid (scc.11^a), de 15 Octubre, al tratar de la naturaleza de la fianza solidaria¹⁰, pone de manifiesto que, el art.1.822 CC ; "*Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección 4^a, capítulo III, título I, de este Libro*". Lo cual quiere decir, que se remite al régimen de las "obligaciones mancomunadas y de las solidarias, y entre los preceptos que rigen estas obligaciones encontramos; "*El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo*" art 1.144 CC., esta normativa específica de las fianzas solidarias repercute indudablemente en el régimen general de la extensión,

cualidad que se contraiga lo principal y, a su vez, que esta obligación sea eficaz y exigible, es decir que concurren en ella las circunstancias o los requisitos exigidos por la ley para su validez porque los actos nulos no pueden producir efecto jurídico alguno. A su mismo se entiende que la obligación accesoria corre la misma suerte que la principal contraída por el deudor y, en consecuencia si esta es inexistente, inexistente será también la otra.

¹⁰ En contra, con fundamentación que no puede ser asumible, la SAP Madrid (secc.11^a) 16692/2012, de 15 octubre 2011, al tratar la naturaleza de la fianza solidaria, manifiesta que es una obligación autónoma, por la que el fiador queda obligado de igual modo que el deudor principal, con pérdida de la condición de accesoriedad, postura que no puede aceptarse por confundir el aval con la fianza, junto al desconocer la jurisprudencia del TS y, fundamentalmente, que la fianza aunque solidaria sigue teniendo las notas de accesoriedad, y subsidiariedad.

modificación y extinción de la fianza. Según la SAP., la fianza solidaria se convierte en una especie de obligación autónoma, perdiendo su nota de accesoriadad de la que está revestida la fianza común; *Al asumir el fiador la solidaridad y renunciar al beneficio de excusión, aquél asumió la deuda como propia, quedando así obligado de idéntica manera que el deudor principal, pudiendo, en consecuencia, ser compelido por el acreedor en primer término y con independencia del afianzado, habida cuenta que la solidaridad pactada viene a eliminar el carácter de accesoriadad propio de la fianza normal.* Al efecto, la audiencia declara que la fianza solidaria tiene carácter autónomo y, por tanto, puede ejercitarse (sin necesidad de excusión) por el acreedor, contra los fiadores (obligaciones solidarias entre codeudores).

En contra de esta argumentación, y de forma acertada el TS tuvo ocasión de pronunciarse en STS 2944/2014, de 8 de julio al decir que: *“en nuestro derecho, la obligación que surge para el fiador de la fianza prestada para garantizar el cumplimiento de una obligación de un tercero, también la que se presta con carácter solidario, no sólo tiene carácter accesorio respecto de aquella obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, sino que además se caracteriza por la subsidiariedad”*.¹¹ De este modo el Supremo confirma que la fianza con independencia de la forma de su constitución (solidaria o no), no pierde las características que le son propias, ni tampoco los beneficios que contiene, pues la fianza aunque solidaria continua siendo FIANZA, por tanto una obligación exclusivamente de garantía, accesoria y subsidiaria, necesitada de una obligación valida principal para su subsistencia.

Por lo que respecta a la *subsidiariedad*, y de acuerdo con BADOSA COLL¹², existen dos aspectos de la subsidiariedad de la fianza a tener en cuenta; en primer

¹¹ Con total acierto y con fundamento STS 2944/2014, de 8 julio, realza el carácter subsidiario de la fianza, aun en los supuestos de solidaridad, y por ello, estando el deudor en situación concursal considera que la obligación del fiador solidario, incluso con renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, requiere para exigirle el pago del previo incumplimiento del deudor principal.

¹² Especial consideración presta BADOSA COLL, F., *Dret de obligacions*, Barcelona, Barcanova, 1990, p. 190, cuando trata la obligación principal y la fianza, dividiendo cuatro aspectos de interés; primero, en el hecho de que no hay una coincidencia absoluta en el régimen de excepciones de la obligación principal y fianza, solo se comunican a estas las excepciones

lugar, el acreedor es el mismo en la obligación principal y en la fianza, mientras que la diversidad de obligaciones comporta solo la diversidad de deudores. Como segundo punto; aclarar que la conducta jurídicamente debida se puede realizar tanto en calidad de prestación de la obligación principal art 1847 CC., como en calidad de prestación de la fianza art 1838-1842 CC., pero solo se han de realizar una sola vez, extinguiéndose entonces las prestaciones de las dos o más obligaciones. Por lo que hace a la obligación principal y la subsidiaria son relaciones jurídicas diferentes entre sí, tienen el mismo acreedor y la misma prestación, pero deudor y fiador son dos figuras distintas, y habrán de ser tratados como tales. El cumplimiento también tendrá un sentido diferente según pague el deudor principal o el fiador, salvo que en ambos casos se extinga la prestación de las dos obligaciones; solo entonces existirá un pago por sí mismo en caso de hacerlo el deudor, pero en el supuesto de que el pago lo realice el fiador (subsidiariamente), tendrá la consideración de pago realizado por el fiador que paga por el deudor, art 1838 CC.

El carácter subsidiario de la obligación creada por la fianza, como aclara la doctrina, significa un determinado orden en la responsabilidad, ya que la obligación del fiador cumple una función de refuerzo de la obligación principal¹³, este orden se traduce en la subsidiariedad de la responsabilidad del fiador respecto de la del deudor principal, como se desprende del art. 1822 cc, según el cual, el

objetivas art1845, no las personales del deudor principal art 1824,2 y la alegación de excepciones en una de las obligaciones no repercute en la otra. En segundo lugar la obligación subsidiaria tienen sus propias causas extintivas art 1847, en tercer lugar la concurrencia de las cualidades del deudor principal y fiador en una misma persona no extingue la deuda principal si no solo la obligación de fianza. Y finalmente alude a los artículos 1835,2 y 1851 CC., hacen insensible la obligación del fiador a las modificaciones introducidas en la obligación principal que pueda perjudicarlo.

¹³ Para SERRANO DE NICOLAS, À., “La defensa del deudor hipotecario contra la sobregarantía, en particular derivada del afianzamiento”, en IZQUIERDO BLANCO, P., PICÓ I JUNOY, J., (dirs), *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 509-511, la responsabilidad del fiador, en la medida que suple la responsabilidad del deudor principal, implica necesariamente que ha de surgir antes el incumplimiento del deudor fiado, determinante de la deficiencia a suplir, que la facultad del acreedor de reclamar al garante, de modo que aquel incumplimiento es presupuesto constitutivo de la reclamación al fiador.

fiador sólo paga en el caso de que no lo haga el deudor principal, al margen de si existe o no beneficio de excusión.

Por tanto la fianza mercantil al igual que la civil puede ser solidaria, en ambos supuestos ha de pactarse y cuando esto ocurra, el art. 1831 CC., dispone que *el beneficio de excusión no tiene lugar cuando el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor*, pese a ello la fianza sigue conservando sus notas características y esenciales de *accesoriedad y subsidiariedad*, pues aunque el fiador renuncia a la excusión, no por eso se entiende renunciado el carácter subsidiario de la fianza, en tanto que fiador es el que *garantiza* una deuda u obligación ajena cuando no es cumplida por el deudor, no antes¹⁴. De este modo la nota de subsidiariedad de la obligación del fiador se plasma en el beneficio de excusión, el cual no juega cuando el fiador ha renunciado expresamente al mismo y cuando se haya obligado solidariamente con el deudor (art 1831.1 y 2 CC.), es precisamente en este último supuesto cuando la figura del fiador solidario se aproxima a la del deudor solidario, llegando, parte de la doctrina a equiparar ambas instituciones, cuando afirma que *la subsidiariedad es solo una característica natural no esencial de la obligación garantizada*.

3. La fianza en relación con el préstamo hipotecario bancario: solidaridad y renuncia a los beneficios de excusión, división, y orden.

La fianza puede revestir forma simple, o solidaria. Por lo que respecta a la fianza simple confiere al fiador los beneficios de excusión, y si son varios los fiadores, el beneficio de división, mientras que cuando se obliga solidariamente, se está obligando subsidiariamente por el todo, pero no por ello como ya expuse en el apartado anterior, pierde su calidad de obligado subsidiario frente a la obligación.

El 26 de mayo de 2004, el TS mediante sentencia se pronunció al respecto, *de ahí que, siendo también jurisprudencia de esta Sala, no exenta ciertamente de excepciones, la relativa al carácter solidario de la fianza mercantil, y no habiéndose sometido a debate por el hoy recurrente en ninguna de las dos*

¹⁴ Serrano de Nicolás, À, - Sánchez García, Jesùs M^a, *revista de derecho VLEX*, nùm.132, mayo 2015, pp. 2-8

*instancias la falta de solidaridad, no pueda atribuirse a la sentencia impugnada la infracción de los preceptos que se citan en el motivo*¹⁵. Así pues, el TS realiza una presunción favorable a la solidaridad que impera en las obligaciones mercantiles, estimando que los afianzamientos mercantiles son por principio, solidarios.

3.1 Solidaridad: El fiador solidario no es deudor solidario

Teniendo en cuenta que el Ccm no hace referencia expresa a la solidaridad en la fianza mercantil, habrá que estar a lo expuesto en el art.1822.IICC., que a su vez se remite a lo establecido en los arts. 1137 a 1148 CC, pero además para combinar adecuadamente las normas de la obligación solidaria con las de la fianza, se distinguen en la doctrina dos tipos de relaciones¹⁶; relación interna, se rige por las normas de la fianza; mientras que la relación externa por las normas de la solidaridad. Esto es así, a pesar de la jurisprudencia reiterada del TS que dice lo contrario, concretamente STS de 11 de julio 2006¹⁷ en ella puede leerse lo siguiente: *“olvidan los recurrentes ... que la solidaridad es la regla en el ámbito del Derecho mercantil, ya que la rígida norma del artículo 1137 Código civil ha sido objeto de una interpretación correctora por parte de este Tribunal y muy especialmente en relación con las obligaciones mercantiles en las que, debido a*

¹⁵ Vid. STS 434/2004, 26 de mayo de 2004

¹⁶ Al respecto MONTÉS PENADÉS, V., “Las garantías del crédito”, en VALPUESTA FERNANDEZ, M., y VERDERA SERVER, R. [coords], *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 180, señala que en la práctica, son absolutamente mayoritarios los supuestos de fianza en los que se renuncia al beneficio de excusión, se pacta el carácter solidario de la fianza o ambas cosas a la vez, para así acentuar la seguridad del acreedor.

¹⁷ En desacuerdo con STS, 2006\4977, de 11 julio 2006, por la que TS desestimo el quinto motivo de los recurrentes, los cuales al amparo del artículo 1692, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1) , denuncia la infracción del artículo 1137 Código Civil (LEG 1889, 27) y disposiciones concordantes, en relación a la Ley de Competencia Desleal (RCL 1991, 71) porque entienden que ésta no impone la solidaridad cuando se condena a más de un infractor. En palabras del TS, esta solución se basa en el art. 3.1 Código Civil y en la necesidad de otorgar carácter solidario a las obligaciones derivadas de la contratación mercantil y con ello añadir una especificidad más al Derecho mercantil en relación con su tronco origen del Derecho civil.

la necesidad de ofrecer garantías a los acreedores, se ha llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas, sobre todo cuando se busca y se produce un resultado conjunto”. De este modo el TS entiende que en los contratos de fianza mercantil los beneficios de que goza el fiador civil no se dan en el ámbito de la fianza mercantil, pues se presume el carácter solidario de las obligaciones mercantiles, predominando el pacto de solidaridad que desnaturaliza y elimina los beneficios de orden y excusión, de forma que el fiador de ese tipo de operaciones es casi un codeudor.

En sentido contrario a lo expuesto por el Supremo, autores como BROSETA PONT¹⁸, realiza un planteamiento interesante acerca de la solidaridad en la fianza mercantil, critica la postura del TS al señalar que esta no puede sostenerse por basarse más que en una realidad, en un *desideratum* o aspiración doctrinal, pues la presunción favorable a la solidaridad en el ámbito de las obligaciones mercantiles, que probamente tendría que haberse visto acogida por el código de comercio, no lo ha sido, por ello no se ven razones para que en este punto concreto, el tratamiento dispensado al fiador mercantil sea distinto del que recibe el fiador civil, por lo tanto en la fianza mercantil el fiador también debe disfrutar, salvo que otra cosa se haya pactado, del beneficio de excusión.

Por consiguiente y en línea con esta parte de la doctrina será necesario objetarle al TS que la rigidez o no de las normas a que se refiere la citada sentencia no tiene que ser objeto de discrepancia, pues el CC y por consiguiente sus artículos son normas imperativas que no pueden ser derogadas por la costumbre o por meras conjeturas y/o presunciones doctrinales, y mucho menos basarse en la necesidad de otorgar carácter solidario a las obligaciones derivadas de la contratación mercantil y con ello añadir una especificidad más al Derecho mercantil en relación con su tronco origen del Derecho civil.

3.2 Renuncia de los beneficios en relación con las condiciones generales.

Cada vez es más habitual que el acreedor con el fin de evitar cualquier acción que pueda disminuir su garantía, o que suponga un contratiempo a la hora de cobrar su

¹⁸ BROSETA PONT, M., *op. cit.*, p. 227.

crédito, introduzca ciertas cláusulas en el contrato, impidiendo que el fiador pueda ejercitar cualquier acción que le sea pertinente. Esta tendencia se observa principalmente en los préstamos hipotecarios con las entidades financieras, las cuales redactan cláusulas que le son impuestas al adherente y, reciben el nombre de *condiciones generales*, es decir, se trata de cláusulas que no son negociadas individualmente, de esta forma, puede ocurrir que el acreedor introduzca cláusulas en las que hace extensiva la fianza impidiendo que el fiador pueda relevarse de ella, o bien fijando como condición la renuncia de beneficios¹⁹ que le son propios, quedando obligado a pagar al acreedor bajo cualquier caso y circunstancia cuando el deudor no lo haya hecho, o incluso, sin haberse dirigido primero contra este.

Estas condiciones generales en ocasiones devienen en sobregarantía, dejando en evidente desventaja al fiador lo que a su vez genera multitud de jurisprudencia, tal es el caso de la sentencia del juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián. Resulta de interés citarla, por el acertado fallo del juzgador, pues liberó a un matrimonio como fiador de un préstamo hipotecario a causa de una cláusula abusiva recogida en el contrato mediante la cual se les imponía renunciar a derechos que le son propios a los fiadores, de manera que el juez procedió anular un párrafo de la cláusula 10 por entender que era abusivo; *“quedaba relevada de toda obligación de notificación por falta de pago del deudor y que los suscriptores del acuerdo renunciaban expresamente a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción que legalmente les pudiera asistir por su condición de fiadores”*. Al respecto, el magistrado expuso con total acierto que la cláusula de garantía que contiene una renuncia de derechos, no se acomoda a la directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas (concepto que desarrollare en el

¹⁹ Los beneficios, a que se refiere este epígrafe: El beneficio de "excusión", que asiste al fiador para que su patrimonio no sea ejecutado mientras el deudor tenga bienes; el de "división" que obliga a que la deuda reclamada se reparta de forma proporcional entre los distintos fiadores, y el de "orden" que hace referencia al orden en el que se debe ejecutar el patrimonio de los fiadores en caso de que estos hayan sido numerados en el contrato.

En cuanto al derecho de "extinción", hace que el fiador quede desvinculado del préstamo en caso de que el deudor cambie las condiciones del contrato sin su conocimiento y autorización.

siguiente epígrafe), puesto que supuso una renuncia injustificada de derechos del consumidor, impuesta por la entidad prestamista, sin que hubiese una negociación individual que la justifique, para el magistrado, los derechos que amparan a los fiadores "son renunciados sin explicación" y ello, unido a la hipoteca que otorga garantía sobre el inmueble, convierten en desproporcionada la renuncia realizada, por lo que el consumidor, con su renuncia, queda en una situación jurídica menos favorable de lo que sería razonable suponer atendida la existencia de un deudor principal y un refuerzo de las garantías mediante la hipoteca.

Por consiguiente, no puede negarse el acierto del juez al exponer su fallo, declarando la abusividad de una cláusula impuesta por la entidad bancaria a los consumidores (fiadores), que incluso era contraria a la buena fe, pues la renuncia que venía impuesta como condición general de los beneficios de excusión, división y orden, es claro que ningún fiador la habría aceptado de haber tenido real posibilidad de negociar.

4. Aplicación de las cláusulas abusivas en la fianza.

La LGDCU art. 82, expone el concepto de cláusula abusiva "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". La misma ley, (art. 88,1) indica lo que ha de considerarse como cláusula abusiva, de este, y de jurisprudencia reiterada se deduce; que *son todas aquellas en las que exista desproporción y consiguiente desequilibrio importante de derechos y obligaciones*. Expuesto el concepto de la abusividad en ciertas cláusulas, lo que interesa a este trabajo es la mencionada abusividad, pero, en el ámbito de la fianza en los préstamos hipotecarios, pues es bien sabido el sinnúmero de jurisprudencia respecto a este asunto, y cuyos fallos desde mi punto de vista no siempre se han producido de manera acertada; un ejemplo claro de dicha abusividad, lo encontramos en Sentencia 1ª instancia del juzgado número 3

de Madrid, a 3 de febrero 2014 los fiadores se comprometieron mediante una cláusula impuesta en el contrato con una entidad bancaria por la que esta última podrá reclamar a los fiadores hasta la cantidad en la que se han comprometido incluso una vez ejecutada y rematada la garantía de hipoteca en tanto no cumpla la totalidad de la deuda, y habiendo renunciado estos al beneficio de exclusión. La parte demandada pedía la anulación de esta cláusula por considerarla abusiva, ahora bien, el carácter abusivo de esta cláusula en la sentencia, se observa en que a los consumidores no se les ofreció ningún tipo de información por parte de la entidad financiera, al quedar claro que el contrato de fianza se concretó entre los fiadores y la entidad bancaria, esta última tenía la obligación de darle a los fiadores medidas específicas de información o protección, algo que en la sentencia quedo probado que no ocurrió, deviniendo en una situación vulnerable, y quedando obligados por un contrato con una cláusula adicional en la que se obliga a más que la obligación principal hipotecaria, desatendiendo lo dispuesto en nuestro código civil (art. 1826 CC), *el fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal*.

4.1 Determinación de las causas por las que ciertas fianzas devienen abusivas.

Cierto es, que son cláusulas abusivas aquellas en las que exista un desequilibrio importante. El problema deviene, en la conceptualización de “desequilibrio importante”, al respecto CAMARA LAPUENTE realiza un análisis destacando tres cuestiones; *el desequilibrio jurídico, el desequilibrio económico y, la delimitación del objeto principal del contrato*²⁰, las dos primeras cuestiones abren paso al control del contenido de las cláusulas abusivas, y la tercera queda exenta de dicho control por desequilibrio si se formuló con la debida transparencia.

Para el caso del *desequilibrio jurídico* es necesario contrastar la cláusula con el derecho dispositivo para evaluar si la estipulación no negociada individualmente,

²⁰ CAMARA LAPUENTE, S., “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notario*, Tomo LV, 2015, [551-643] pp. 621-625.

deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista como solución equilibrada en el derecho positivo. Sin embargo este desequilibrio puede encontrar su fundamento en otras consideraciones, tal es el caso de la renuncia predispuesta de la intervención notarial y a ciertas funciones de este, como la de informar, asesorar, y controlar la legalidad, fehaciencia y seguridad jurídica, por lo que de dicha renuncia que aboca en desequilibrio de derechos y obligaciones convierten a la cláusula en abusiva.

En cuanto al desequilibrio económico, tanto el derecho español como jurisprudencia del TJUE, coinciden en que el desequilibrio importante *es jurídico y no económico*, lo que resulta de gran interés, pues así se evita que determinadas comisiones bancarias de cuantía irrisoria escapen por ese hecho al control de su posible carácter abusivo.

Finalmente, por lo que respecta a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, cuestión que no es baladí, dado que el objeto principal del contrato presentado de forma clara y comprensible está exento del control sustancial por desequilibrio, al respecto, resulta crucial delimitar que se entiende por objeto principal, a más de las diferentes tesis, así como numerosas sentencias del TS y AN, que han optado por la literalidad del art.4.2 de la Directiva Europea, no distinguiendo entre elementos esenciales y no esenciales del contrato. La no realización de dicha distinción entre cláusulas que definen el objeto principal del contrato y cláusulas accesorias, hacen necesaria que se profundice sobre la cuestión.

El profesor Cámara, en conjunto con otros autores, acertadamente optan por la tesis que distingue lo esencial de lo no esencial del contrato, tesis que afortunadamente se apoyan varias conclusiones del TJUE, “*cláusulas sobre el objeto principal del contrato, habrá que entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales y que como tales lo caracterizan*”²¹, en cambio, no

²¹ El caso Kasler, STJUE de 26 abril de 2014 sobre Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se pusieron de manifiesto ciertos criterios de apreciación: exclusión de las cláusulas referidas al objeto principal del contrato y a la adecuación del precio o la

forman parte de ese concepto las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación. Esta construcción aclaratoria del TJUE, y en la que coinciden varios autores, es necesaria, sobretudo en nuestro ordenamiento, teniendo en cuenta la existencia de diversas tesis y jurisprudencia que desde mi punto de vista no favorecen a la aclaración de lo que se entiende por objeto principal de contrato y lo accesorio.

Por su parte, el TS tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, (STS 9 mayo 2013)²², sin embargo prefirió aferrarse a la literalidad del 4.2 de la directiva, de

retribución, siempre que «se redacten de manera clara y comprensible»: inclusión: contratos de crédito al consumo denominados en divisa extranjera: cláusula que permite al profesional calcular la cuantía de las cuotas mensuales de devolución en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por ese profesional, cuyo efecto es elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor, en apariencia sin límite máximo: exigencia de transparencia no sólo formal y gramatical sino que exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

²² El Supremo evito realizar la separación de lo esencial en un contrato, de lo que no lo es; STS 9 mayo 2013, al señalar que el hecho de que una cláusula sea definitiva del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que “[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación”, y el artículo 4.2 que “[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]”. 193. Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 40 “[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”, y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que “[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación

la misma forma han actuado algunas AP (SAP Guipúzcoa 14 enero de 2015)²³, en esta sentencia se entendió de manera equivocada lo dispuesto en la Directiva 93/13, cuando señala que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible", en virtud de aquello, la audiencia considero valida una cláusula que en primera instancia se anuló por abusiva, argumentando que la cláusula en cuestión cumple los requisitos de concreción, claridad y sencillez en su redacción, es accesible y legible y fue comprendida por los fiadores.

De modo que se entiende, que el juzgador sitúa a la fianza como objeto principal del contrato, impidiendo así que se declare abusiva, y olvidando que el objeto; es aquello que de no existir, tampoco podría existir el contrato.

Por lo que parece "obvio" que sin fianza, el contrato de todos modos existiría.

entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

²³ SAP Guipuzcua núm. 11/2015 (scc 22^a), de 14 enero. se trata de un recurso contra la resolución judicial del Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián, de 2 de octubre de 2014, siendo esta la primera que **declara nula por abusiva una cláusula de fianza en un préstamo hipotecario**, dejando dicha cláusula sin efecto, pero manteniendo la validez del contrato principal, al no ser ésta objeto esencial del contrato. El párrafo de la cláusula anulado sostiene que, en virtud del contrato, Kutxa (en la actualidad Kutxabank) quedaba eximida de toda obligación de notificación por falta de pago del deudor y que los suscriptores del acuerdo renunciaban expresamente a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción que legalmente les pudiera asistir por su condición de fiadores. La resolución judicial recuerda que "el fiador solidario que renuncia a los beneficios de excusión, división y orden no es un simple avalista, sino que se transmuta en auténtico deudor" y "se coloca en idéntica situación que el deudor principal".

4.2 Determinación de cuando hay ineficacia.

Resulta de interés el estudio de CÁMARA LAPUENTE²⁴, sobre el control de la cláusulas abusivas; *control de inclusión*, que son una serie de requisitos para que las cláusulas no negociadas individualmente se incorporen al contrato, también al *control del contenido* en la que sería nula una cláusula que sea condición general de la contratación en tanto sea abusiva art 80 a 82 LGDCU, y por último un *control autónomo* y que la mayor parte de la doctrina no acaba de aceptarlo “*la transparencia*” en esta el control se refiere a su carácter engañoso en cuanto a los efectos reales del contrato, realiza también un exhaustivo estudio del artículo 4.2 de la Directiva Europea.

En torno a este control de las cláusulas abusivas gira la ineficacia, que a su vez encierra otras cuestiones que serán objeto de estudio en este apartado pues continúan generando numerosos sentencias con conclusiones que apuntan a distinta dirección por no haber unanimidad; así sucede con los *efectos en el tiempo de la ineficacia declarada*, puesto que varios tribunales y audiencias al resolver cuestiones derivadas de acciones individuales de nulidad por cláusulas abusivas, no han seguido el criterio del Supremo que consistía en no reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertida (STS 9 de mayo de 2013)²⁵, en esta sentencia, el Supremo concluyó aunque de forma

²⁴ CAMARA LAPUENTE, S., *Control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato: ¿Incorrecta trasposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?* ,Cizur Menor, Thomson- Aranzadi, 2006, p. 124.

²⁵ Oportunamente tribunales y audiencias se han ido decantando por la eficacia retroactiva dejando atrás lo dispuesto en el fundamento decimoséptimo STS 9 de mayo de 2013, en la que considero que cláusulas suelo son abusivas por falta de transparencia y no por el desequilibrio que pudiera existir entre la cláusula suelo y el límite máximo a la variación del tipo de interés (cláusula techo).El doble control de transparencia consiste según la Sentencia en que además del control de incorporación que se refiere a una mera transparencia documental o gramatical que debe ser clara y sencilla posibilitando al consumidor el conocimiento de la misma tiene que existir un control de transparencia propiamente dicho, que tendría por objeto “que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica...como la carga jurídica de la cláusula”. Este control de transparencia opera como parámetro abstracto de validez y queda fuera del ámbito de interpretación general del CC de los vicios del consentimiento.

errónea, que la retroactividad generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, por lo que no se puede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de dichas cláusulas. Así pues, audiencias han declarado la nulidad conforme a los nuevos criterios fijados por este, sobre la consecuencia de la falta de transparencia, pero con eficacia retroactiva en cuanto a la devolución de cantidades satisfechas en virtud de una cláusula nula, al respecto cabe destacar la audiencia de Álava²⁶, por ser una de las pioneras en resolver en este sentido, aunque no la única²⁷. La citada sentencia se baso

²⁶ De acuerdo con SAP Alava 9.7.2013 una de las primeras en establecer la eficacia retroactiva de una cláusula declarada nula, y cuyo argumento ha sido reiterado en multitud de sentencias, afirmando que “Cuando se ejercita la acción de cesación la legitimación se restringe a las personas que menciona el art. 16 LCGC, es decir asociaciones y ministerio fiscal, mientras que la de nulidad puede ejercitarse individualmente. Además estas acciones de cesación son en general imprescriptibles (art. 19 LCGC), lo que no sucede con la acción de nulidad que aquí se examina. También es diversa la finalidad, pues la cesación pide la condena a que deje de surtir efecto “en lo sucesivo” (art. 12.2 LCGC), mientras que con el art. 8 se pretende declarar la nulidad y resolver sobre la eficacia del contrato. Finalmente es diferente la eficacia del fallo, ex nunc o desde ahora, en el caso de la acción de cesación, es decir, a partir del momento en que se adopta hacia el futuro (“en lo sucesivo” dice el art. 12.2 LCGC), mientras que será ex tunc o desde siempre, en el caso de la acción de nulidad, pues tiene efecto retroactivo”.

²⁷ Resulta interesante el voto particular SAP Alicante de 12 de julio de 2013, pese al parecer mayoritario que considera aplicable el criterio de irretroactividad del TS por ser idéntica la cláusula suelo examinada. No obstante, se formula voto particular en el que considera procedente la retroactividad en base a varios argumentos: el primero, y fundamental, por el principio jurisprudencial de “no vinculación” a las cláusulas abusivas, que ha sentado en numerosas resoluciones el TJUE, al interpretar la Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993 (art. 6.1), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, lo que ha sido reiterada por el TJUE en sentencias de 26 de abril de 2012, y dos de 30 de mayo de 2013, en el sentido de que cuando se haya declarado abusiva una cláusula los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula. En Base a ello, considera “la no vinculación no es graduable ni puede tener carácter parcial. Menos aún, que pueda depender de un dato tan aleatorio como la fecha de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo español...la no vinculación, para conceder una protección integral al consumidor, no solo ha de tener una proyección hacia el futuro (que se conseguirá con su nulidad y con la supresión de la cláusula abusiva en cuestión) sino también una vocación de pasado, de eliminar cualquier vestigio de su

entre otros en los arts. 10 LCGC y art. 1303 Cc, así : El art. 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al art. 1303 CC obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por el recurrente, puesto que sólo operó la cláusula suelo”; y que no hay razones para no aplicarlos en el caso concreto al no apreciarse trastornos graves para la economía ni para el Banco, y que aun cuando la STS de 21 de marzo de 2012 matizó la obligación restitutoria en caso de nulidad, el fundamento es que ninguna de las partes se enriquezca sin causa a costa de otra, concluyendo en el caso que dado que la cláusula suelo solo ha operado en beneficio del banco y en perjuicio del cliente sí que nunca sucediera lo contrario no hay motivo para excluir la aplicación del art. 1303 Cc.

De modo que considerar la irretroactividad de la nulidad derivada de transparencia pero no del control de contenido de la abusividad, a más, de la falta de acreditación de trastorno grave por devolución de cantidades concretas solicitadas por concretos afectados, resulta, aunque sea atrevido por mi parte decirlo ;alarmante la incoherencia con que resuelve en” pocas ocasiones” el Supremo.

Otra cuestión que es necesario examinar en el ámbito de la ineficacia son las *consecuencias jurídicas de la nulidad parcial de una concreta cláusula declarada abusiva*; es el caso de los intereses moratorios declarados abusivos, que

existencia, y ello solo se conseguirá si se hacen desaparecer sus efectos”. Se añade también otro argumento relativo al tratamiento paritario que deben tener todos los consumidores comunitarios: “en materia de contratación bancaria (en que existen grandes bancos que operan en la totalidad del mercado europeo, y comercializan unos mismos productos, utilizando en ellos idénticas cláusulas) se afectaría gravemente, a mi entender, la protección integral y paritaria de los consumidores a nivel comunitario, pudiendo darse lugar a injustificadas discriminaciones de trato dependiendo del Estado miembro, si se admitiera modulación en cuanto a la vinculación a las cláusulas abusivas declaradas nulas. Y se concluye que : “La legislación interna española tiene recursos más que conocidos (art. 1303 del Código Civil , art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, arts. 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación) para suprimir los efectos nocivos de la nulidad de una cláusula abusiva: se tendrá como no puesta y habrá lugar a la restitución de lo recibido, con sus intereses”.

con la reforma del art. 83 TR-LGDCU²⁸ se redujo el debate acerca de la sanción de los mencionados intereses abusivos a; la aplicación del 1108 CC como derecho supletorio y conceder al prestamista el interés legal del dinero o bien que la sanción sea de 0%. Desde luego, y en línea con el profesor La Cámara, es necesario defender la nulidad de esta cláusula, no debe reemplazarse por ninguna norma de derecho dispositivo²⁹; no hay laguna, el interés de indemnización y sanción desproporcionada por mora del deudor ha de ser nulo y así lo afirma el TS cuando expone en STS de 22 abril 2015³⁰ *la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora es simplemente la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada*, por tanto el interés de demora ha de ser 0 y no se aplicará el interés previsto en el art. 1108 CC., pues reemplazarlo por otro interés supletorio como sucedía algunos años atrás (2,5 veces el interés legal y 3 el montantes de los remuneratorios) implicaría incentivar a los predisponentes que sigan incluyendo este tipo de cláusulas, pues este tendrá garantizado interés legal, dejando desprotegido al consumidor.

²⁸ Reforma del art.83 TR-LGDCU, sobre nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato. *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”*.

²⁹ CAMARA LAPUENTE, S., *Transparencias*, op.cit., p.632

³⁰ El Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo en STS 22 abril 2015 se pronunció sobre el carácter abusivo de los intereses de demora en los contratos de préstamo sin garantía hipotecaria celebrados con consumidores. sentencia declara que en los contratos bancarios concertados con consumidores, se presume que las cláusulas constituyen condiciones generales de la contratación, susceptibles de control de abusividad, salvo que se pruebe cumplidamente la existencia de negociación y las contrapartidas que en ella obtuvo el consumidor. Por último, considera que la abusividad de una cláusula no negociada individualmente en un contrato celebrado con consumidores es apreciable de oficio cuando se resuelve un recurso de apelación, y que las consecuencias de la nulidad provocada por el carácter abusivo de la cláusula, en los términos que se derivan de la jurisprudencia comunitaria y nacional, han de ser aplicadas de oficio por los tribunales.

El último punto que analizare respecto a la ineficacia radica en las *consecuencias del carácter abusivo de una cláusula para el contrato*. Como es sabido el derecho europeo del que deriva el régimen español esclarece que la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional está justificada si la supresión de la cláusula obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, de forma que el consumidor que es la parte débil de la relación quedase expuesto a consecuencias perjudiciales. En el ámbito nacional el TS se ha pronunciado sobre el carácter abusivo de los intereses de demora en los contratos de préstamo sin garantía hipotecaria celebrados con consumidores. La sentencia 22 de abril 2015³¹, desestima sustancialmente los recursos de la entidad bancaria prestamista, resuelve con base en la doctrina del TJUE y declara que en los préstamos personales, sin garantía hipotecaria, concertados por consumidores, es abusiva la condición general que establece un interés de demora que supere en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio. La consecuencia de esta declaración de abusividad consiste en que el préstamo devengará exclusivamente el interés remuneratorio, eliminando completamente el incremento porcentual en qué consiste el interés de demora abusivo sin afectar al resto de sus términos. De manera que la entidad solo podrá exigir el pago de los intereses ordinarios, pues

³¹ En STS 22 de marzo 2015, desestima sustancialmente los recursos de la entidad bancaria prestamista, resuelve con base en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y declara que en los préstamos personales sin garantía hipotecaria concertados por consumidores es abusiva la condición general que establece un interés de demora que supere en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio.

La consecuencia de esta declaración de abusividad consiste en que el préstamo devengará exclusivamente el interés remuneratorio, eliminando completamente el incremento porcentual en qué consiste el interés de demora abusivo.

En la misma sentencia declara que en los contratos bancarios concertados con consumidores, se presume que las cláusulas constituyen condiciones generales de la contratación, susceptibles de control de abusividad, salvo que se pruebe cumplidamente la existencia de negociación y las contrapartidas que en ella obtuvo el consumidor. Por último, considera que la abusividad de una cláusula no negociada individualmente en un contrato celebrado con consumidores es apreciable de oficio cuando se resuelve un recurso de apelación, y que las consecuencias de la nulidad provocada por el carácter abusivo de la cláusula, en los términos que se derivan de la jurisprudencia comunitaria y nacional, han de ser aplicadas de oficio por los tribunales.

se elimina cualquier pago adicional que se derive de la aplicación del interés de demora abusivo, pues a pesar de que los moratorios como los remuneratorios tienen idéntica naturaleza de interés si hay una diferencia esencial³², los remuneratorios cumplen una función de recompensar el capital prestado y su origen está en el pacto, los moratorios tiene función resarcitoria y su causa es el propio estado de mora.

5. CESIÓN DE CREDITO Y LA SITUACIÓN DEL FIADOR.

Como consecuencia de la crisis económica, algunas entidades financieras están procediendo de forma masiva a la cesión de sus créditos en un intento por mejorar sus balances y su propia situación económica. Se trata de un cambio en la figura del acreedor, tiene efectos directos en el eventual proceso de ejecución hipotecaria que se inicie en la medida en que incidirá en las partes procesales, pues en el lado activo de la relación procesal no figurará el acreedor originario, sino el posterior, es decir, el cesionario del crédito hipotecario. En definitiva, el nuevo acreedor (cesionario) es el titular del derecho subjetivo de crédito, frente al mismo deudor, mientras que el acreedor primitivo queda desligado de la relación jurídica.

Con este cambio, es evidente que las partes poseen el poder de modificar la relación obligatoria en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC.). Sin embargo nos lleva a un gran problema, al que procurare dar una respuesta jurídicamente documentada, apoyándome en parte de la doctrina que defiende la tesis que desde mi punto de vista es la más acertada. Al respecto, esta parte de la doctrina señala que la novación del acreedor cuando el cesionario no

³² Al efecto, SERRANO DE NICOLAS, À., “Intereses de demora y otras posibles cláusulas abusivas: imposibilidad de moderarlos de ser declarados abusivos”. *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 134, julio 2015, pp. 5-7, precisa que la función de los intereses moratorios es una función resarcitoria, en un doble aspecto en cuanto absorben a los remuneratorios siguen remunerado el capital que todavía sigue prestado y no devuelto y, además resarcen el perjuicio que se le crea a la entidad acreedora, pero todo ello unificado bajo una función de liquidación a forfait, por lo que no permiten reclamar más daños y perjuicios que la propia magnitud resultante del cálculo de los intereses devengados durante el tiempo que el deudor hipotecario ha estado en situación de mora y hasta que el incumplimiento deriva en la ejecución en forma específica o en lo más próximo a ello.

sea otra entidad bancaria constituye extinción de la relación jurídica preexistente y constitución de una nueva y no simplemente una modificación de la misma como alegan ciertas voces doctrinales.

5.1 Régimen jurídico

La cesión del crédito hipotecario tiene su propio régimen jurídico, se encuentra regulada en el Código Civil art. 1878 *Los créditos hipotecarios son transmisibles a un tercero en todo o en parte con las formalidades exigidas por la Ley*. Además cuando se trata un acreedor entidad financiera, estaremos ante un régimen jurídico aun mas específico, por lo que entraran en juego varias norma; así como en la Ley Hipotecaria (artículos 149 a 152), ley 2/1994, de 30 de marzo modificada por la ley 41/2007. Precisamente la regulación de esta institución está provista de un gran debate doctrinal, pues parte de la doctrina desafortunadamente aunque muy bien documentada considera que la cesión del crédito hipotecario, como cesión de crédito que es, sigue los preceptos del capítulo VII de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales del Código Civil, aunque no obstante con cierta especialidad en relación a las normas generales. De esa doctrina general de la cesión se deriva que no es necesario el consentimiento del deudor cedido, el cual - a diferencia de la cesión de contrato- no es parte en el contrato de cesión ni puede evitarla de acuerdo con el artículo 1.528 del Código Civil, «la venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio», parte de la doctrina entiende que cuando se realiza la transmisión del crédito hipotecario se transmite también todos sus accesorios, pues lo accesorio sigue lo principal, con la salvedad de que tal enumeración es dispositiva, y no imperativa, de modo que las partes pueden excluir de la cesión alguna garantía, que, al ser accesorio de un crédito, de modo que sin él no puede existir, desaparece³³.

³³ BLASCO GASCÓ, F., “La hipoteca inmobiliaria”, en CLEMENTE MEORO, M. [coord], *derecho reales y derecho inmobiliario registral*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 499-501.

Sin embargo, si se atiende a la Ley del Mercado Hipotecario pues la cesión de los créditos hipotecarios tiene su propio régimen jurídico y además al ser la entidad financiera un acreedor singularizado, su presencia hace que la relación jurídica de crédito tenga un régimen propio y diferenciado que incide en el aspecto novatorio/extintivo por cambio de acreedor, la citada ley en el art. 2 permite que determinadas entidades financieras puedan movilizar los créditos hipotecarios dándolos en garantía de determinadas operaciones financieras o crediticias que se instrumentan en determinados títulos valores a los que se incorporan y con cuya negociación circulan en el tráfico. Así pues, de este art se infiere claramente que solo las entidades financieras pueden sujetarse al régimen del mercado hipotecario, por lo que cuando cambia el acreedor hipotecario cambia también su régimen, a no ser que se trate de un nuevo acreedor también entidad financiera. De este modo, queda acreditado que la novación del acreedor, cuando su naturaleza hace que haya un régimen jurídico propio, determina la extinción de la obligación primitiva, aun que desde luego no se extingue la deuda, pero si surge una nueva y distinta relación obligatoria, habrá que acudir al cc. Libro IV título 1 sección sexta de la novación, concretamente en el art. 1204 que dispone que para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya tendrían que haber incompatibilidad entre la obligación sustituida y la que nace, y efectivamente es así pues la presencia de la entidad financiera o acreedor hipotecario es el que hace que haya un régimen jurídico específico.

5.2 Efecto de la novación extintiva en la persona del fiador:

El artículo 1207 del Código Civil, señala que: “cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento”. Así pues, si la obligación principal desaparecida tuviese otras obligaciones de carácter accesorio o secundario, éstas seguirán la misma suerte que aquella y, en principio, también se extinguirán (tal es el caso de los derechos que garantizan el cumplimiento de la obligación principal, sean de naturaleza real o personal -hipoteca, prenda, fianza, etc.-). Aplicando lo dispuesto en el 1207, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias [como es la fianza] en cuanto

aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento”, lo que, evidentemente, no es el caso del nuevo acreedor, en consecuencia, y justo por ser extintiva la novación por cambio de acreedor, cuando el nuevo no es ya una Entidad financiera, quedará extinguida la fianza, aunque obviamente subsista la deuda, pero ya con su nuevo régimen jurídico que no es el del Mercado hipotecario, y, por tanto, tampoco el régimen obligatorio que había afianzado el fiador, y como es sabido las reglas de la fianza disponen que únicamente esta puede subsistir en tanto permanezca idéntica la relación obligatoria que afianzo, pues cuando se afianza frente a una entidad financiera, no cabe entender que se haga por ser dicha entidad financiera y no otra, pero no puede predicarse lo mismo cuando si cambia el régimen jurídico o naturaleza del acreedor, pues en este caso es evidente que se ha producido un cambio importante de la obligación principal.

Desde luego, podrá discutirse si la Entidad financiera habría o no novado – ampliado capital, incluso plazo, estando ya impagada la deuda, pero lo indiscutible, y que hace la novación extintiva, es que el régimen jurídico es otro e incompatible, como exige el art. 1204 CC, justo por el cambio de naturaleza jurídica del acreedor, se pasa de ser una Entidad financiera a otro sujeto acreedor que no tiene su régimen Jurídico que es el que personaliza la relación jurídico obligatoria. Otra cosa sería la cesión de crédito de una entidad financiera a otra, en tanto que aquí no hay cambio de régimen, y desde luego todas las garantías como accesorias que son seguirían la suerte del crédito, pues lo que se produce es una subrogación propiamente dicha.

De modo que no es aplicable lo dispuesto en el artículo art. 1528 CC, conforme al que subsiste la fianza, pues implícitamente parte, de que el cambio de acreedor no altera la naturaleza de la relación crediticia, lo que no es el caso cuando la cedente es una Entidad financiera, en que como queda dicho la novación es extintiva.

6. CONCLUSIONES

I

El aval por su propia naturaleza tiene carácter solidario, mientras que la fianza, incluso la mercantil, no obstante cierta jurisprudencia aislada y alguna posición doctrinal no tiene carácter solidario consecuencia de lo cual y dado que la fianza es lo que realmente se estipula en los préstamos hipotecarios que no un aval aunque así se lo denomine, el pacto habitual de solidaridad en la fianza puede entenderse abusivo dado que ningún fiador si tuviese capacidad de negociación lo habría aceptado, mientras que de ser un aval no puede haber tal abuso dado que va incito en el concepto la solidaridad, pero las cosas son lo que son y no lo que se denominan. Ello unido a las dos notas características de la fianza, accesoriedad y subsidiariedad, acentúan aún más la distinción con el aval.

Clara la distinción, justo por las notas características que conlleva la fianza, en efecto, es imposible concebir la existencia de un contrato de fianza sin que éste se dirija a garantizar otra obligación, lo cual tiene trascendentales consecuencias en la práctica, siendo las más relevantes; la obligación del fiador no puede exceder a la del deudor principal; y la extinción de la obligación principal conlleva necesariamente la de la fianza. En definitiva se ha de tener siempre presente, tratándose de este contrato, la regla que establece que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y que la fianza da origen a una obligación subsidiaria, lo cual significa que, por norma, el fiador únicamente responde en defecto del deudor principal.

II

Inevitablemente la característica de la subsidiariedad nos lleva a ocuparnos del "beneficio de excusión", no solo por la oportunidad que se concede al fiador cuando este ha sido requerido por el acreedor de la obligación, para que exija al acreedor que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal y contra las garantías que este haya prestado, si no porque este se excluye cuando el fiador se ha constituido como solidario, ahora bien dicha

solidaridad ha de ser expresa pues es regla general la no presunción de la solidaridad en la fianza, esto se predica en cualquiera de las formas de la fianza, es decir, no solo en la fianza civil si no también en la mercantil, pues de haber querido lo contrario el legislador, lo habría regulado así en el código de comercio, lo que no ha ocurrido, pese al fallido anteproyecto de reforma del código de comercio de 2013 por el que se quería incluir la solidaridad de la fianza mercantil, cuestión que da la razón a la corriente doctrinal que defiende la no presunción de solidaridad en la fianza mercantil pues el citado anteproyecto no prosperó. Por todo ello he de afirmar que la subsidiariedad de la fianza encuentra su correlato en el beneficio de excusión, cuya renuncia incluida la de los demás beneficios aparece muchas veces en el contrato como condición general, renuncia impuesta deviniendo así en una cláusula abusiva y por consiguiente contraria a la buena fe, pues es claro que ningún fiador la habría aceptado de haber tenido real posibilidad de negociar.

III

La ley y la doctrina más autorizada coinciden en que la abusividad de las cláusulas contractuales genera la existencia de un desequilibrio importante para la parte débil, concretamente un desequilibrio jurídico, y esto es así pues la estipulación no negociada individualmente que contenga renuncia impuesta a beneficios que son inherentes del fiador como ya me referí anteriormente o la renuncia de la intervención notarial, deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable, lo que ciertamente abocaría en desequilibrio de derechos y obligaciones que convierten a la condición general no negociada individualmente en cláusula abusiva.

Ahora bien, los controles de las condiciones generales resulta relevante el control de “*la transparencia*”. Pues si bien es cierto que en torno al control de las cláusulas abusivas gira la ineficacia y los efectos en el tiempo que esta produce, es más cierto que una cláusula no negociada individualmente que conlleva a engaño y se declara su nulidad, ha de realizarse su eficacia retroactiva en cuanto a la devolución de cantidades satisfechas, pues si así ocurre en el control del contenido

cuando se declarara la nulidad de una cláusula sería injusto y perjudicial para el fiador que no lo sea en cuanto a su carácter engañoso.

Los intereses de demora tienen causa propia para su devengo, que no es propiamente la resarcitoria, si no la situación como su propio nombre indica de morosidad, en consecuencia y dado que no son elemento esencial del negocio, es decir del préstamo hipotecario, puede decretarse judicialmente su nulidad, como condición general abusiva y en consecuencia dejaran de devengarse sin poderse sustituir, o integrar el contrato, por otra forma de retribución o indemnización.

Dado que el art. 1108 del CC contempla la falta de pacto, es decir su inexistencia, que bien sabido es no es lo mismo que la nulidad, en que si hay pacto pero se declara nulo por abusiva

IV

La cesión de créditos hipotecarios no es un fenómeno nuevo, si bien, a consecuencia de la crisis económica, algunas entidades financieras están procediendo de forma masiva a la cesión de sus créditos en un intento por mejorar sus balances y su propia situación económica. De ahí que el régimen jurídico de dicha cesión adquiera una relevancia evidente, pues es una de las cuestiones que más problemática está suscitando en la materia, pues evidentemente al hacer el cambio de acreedor si dicha cesión se produce de una entidad bancaria a otra es claro que se produce una subrogación, pues esta similitud de acreedores hace que el régimen jurídico siga siendo el mismo es decir el de la Ley del Mercado Hipotecario, en donde al ser la entidad bancaria un acreedor diferenciado la cesión de los créditos hipotecarios encuentra su propio régimen jurídico en dicha ley, y dejando claro que el cambio de acreedor entidad financiera a otra que no lo sea, por lo que inevitablemente que se produce un cambio de régimen jurídico lo que deviene en una novación extintiva, pues de lo contrario sería una subrogación.

BIBLIOGRAFIA

ANGUITA RÍOS, R., *Aspectos críticos de la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Madrid, Dykinson, 2006.

BADOSA COLL, F., *Dret de obligacions*, Barcelona, Barcanova, 1990.

BLASCO GASCÓ, F., “La hipoteca inmobiliaria”, en CLEMENTE MEORO, M. [coord], *derecho reales y derecho inmobiliario registral*, ed,2ª,Valencia,Tirant lo Blanch, 2001.

BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de derecho mercantil*, vol. II, 20.ª ed., Madrid, Tecnos, 2013.

CAMARA LAPUENTE, S., “Control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato: ¿Incorrecta trasposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?”, Cizur Menor, Thonson- Aranzadi, 2006.

CAMARA LAPUENTE, S., “Trasparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notario*, t. LV, 2015, p. [551-643].

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARIN LOPEZ, M., *Tratado de los derechos de garantía*, t. I, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2008.

CASANUEVA SANCHEZ, I., “El contrato de fianza en los ordenamientos jurídicos Italiano y Español”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 17, 1999, [613-632], pp. 628-630.

MONTES PENADES,V., “Las garantías del crédito”, en LOPEZ y LOPEZ , A., MONTES PENADES VICENTE y ROCA i TRIAS E., *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001.

SERRANO DE NICOLAS, À., “La defensa del deudor hipotecario contra la sobregarantía, en particular derivada del afianzamiento”, en IZQUIERDO BLANCO, P., PICÓ I JUNOY, J., (dirs.), *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente*, Barcelona, Bosch, 2014.

SERRANO DE NICOLAS, À., “Intereses de demora y otras posibles cláusulas abusivas: imposibilidad de moderarlos de ser declarados abusivos”. *Revista Catalana de Dret Privat*, nùm.134, julio 2015.

Revista electrónica

FERNANDEZ BOIRA, A., *Fianza solidaria con renuncia a beneficio de orden, excusión y división. Calificación en el concurso de acreedores*, de 15 octubre 2014, en <http://www.fernandezboira.com/blog/fianza-solidaria-en-el-concurso/> (visitado el 04/02/16).

JURISPRUDENCIA

STJUE 2010\162, de 3 de junio de 2010
STJUE 26/2013, de 30 abril 2014

STS 434/2004, de 26 de mayo de 2004
STS 2006/4977, de 11 de julio de 2006
STS 1916/2013, de 9 de mayo de 2013
STS 2944/2014, de 8 de julio de 2014
STS 265/2015, de 22 de marzo de 2015
STS 398/2014, de 17 de julio de 2014

SAP de Madrid, secc.11ª (rec. 16692/2012), de 15 octubre 2011
SAP de Álava, Secc. 1ª (rec. 283/2013), de 9 de julio de 2013
SAP Alicante, Secc. 8ª (rec. 84/2013), de 12 de julio de 2013
SAP de Guipuzcua, Secc. 22ª (11/2015), de 14 enero de 2015

Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, (206/2014), de 2 de octubre de 2014